

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E ROBIN HOOD: É POSSÍVEL COBRAR MAIS DOS RICOS PARA DAR DESCONTOS AOS POBRES?

BRUNO YUDI SOARES KOGA¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 PERFILIZAÇÃO E ESTIMAÇÃO DE RENDA DO TITULAR DOS DADOS PESSOAIS. 3 AS FORMAS E IMPACTOS DA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO NA TEORIA ECONÔMICA. 4 PRINCÍPIOS E DIREITOS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO. 5 RESTRIÇÕES DA LGPD À DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS BASEADA NA RENDA. 6 RESTRIÇÕES DO CDC À DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS BASEADA NA RENDA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: Não há polêmica quanto à proibição de tratamento de dados que leve à discriminação de grupos vulneráveis por parte do fornecedor de produtos e serviços. Por outro lado, uma questão que escapa ao debate usual diz respeito à legalidade ou ilegalidade da discriminação de consumidores com base em sua renda visando efetuar subsídio cruzado entre consumidores com maior e menor poder aquisitivo. A questão possui relevância em virtude do progressivo incremento da perfilização e das discussões referentes à promoção da igualdade material à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O presente artigo então pretende colocar em questão a possibilidade de implementação de subsídio cruzado nas relações de consumo, sua licitude e seus impactos microeconômicos. Isto se dá a partir do referencial teórico da Análise Econômica do Direito, inclusive sua vertente comportamental, e através do método dedutivo, baseando-se na literatura existente a respeito da discriminação de preços e da doutrina jurídica. Espera-se que o artigo contribua para o debate a respeito da igualdade material, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e,

¹ Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo IDP. Especialista em Economia (*Master in Business Economics*) e em Direito Empresarial pela FGV. E-mail: bruno@bkoga.com.br

principalmente, de quais são os limites e possibilidades da efetivação de tais direitos dentro de uma economia de mercado, respeitada a autonomia privada.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação de preços. Subsídio cruzado. Tratamento de dados. Igualdade. Não discriminação.

PRICE DISCRIMINATION AND ROBIN HOOD: IS IT POSSIBLE TO CHARGE MORE FROM THE RICHEST TO GIVE DISCOUNTS TO THE POOREST?

ABSTRACT: There is no controversy about the prohibition of data processing that leads to the discrimination of vulnerable groups by the supplier of products and services. On the other hand, an issue that escapes the usual debate concerns the legality or illegality of discrimination against consumers on the basis of their income to cross-subsidize between consumers with greater and lesser purchasing power. The issue is relevant due to the progressive increase in profiling and the promotion of substantial equality in the light of the horizontal effectiveness of fundamental rights. The present article intends to question the possibility of implementing cross subsidy in consumer relations, its legality, and its microeconomic impacts. The article is based on the theoretical framework of Economic Analysis of Law, including its behavioral aspect, and through the deductive method, based on the existing literature on price discrimination and legal doctrine. It is expected that the article will contribute to the debate regarding substantial equality, the horizontal effectiveness of fundamental rights and, above all, what are the limits and possibilities of the realization of such rights within a market economy, respecting private autonomy.

KEYWORDS: Price discrimination. Cross subsidization. Data processing. Equality. Non-discrimination.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a possibilidade de discriminação de preços com base em renda a fim de estabelecer subsídio cruzado entre consumidores com maior e menor poder aquisitivo. Noutras palavras, pretende-se debater a possibilidade de que fornecedores de produtos e serviços cobrem preços mais

elevados de consumidores com maior renda e utilizem este excedente para conceder redução de preços aos mais pobres.

A proposta se dá em um momento no qual fornecedores, por marketing ou por aspirações altruístas², têm buscado praticar a chamada discriminação positiva, ou seja, tratar de modo diferenciado os indivíduos a fim de conceder benefícios aos grupos vulneráveis e/ou minoritários³.

Tais práticas são observadas na forma de processos seletivos voltados a candidatos negros e pardos⁴, cobrança de “taxa de gênero” em estabelecimentos⁵ e campanhas visando aumentar a diversidade e a inclusão no corpo de colaboradores das sociedades empresárias⁶.

Ainda que haja diversas situações particulares que podem exigir maior proteção a determinados grupos sociais ou a pessoas que participam de mais de um grupo vulnerável (interseccionalidade), o estudo pretende se focar no subsídio cruzado visando atender à população de baixa renda.

Isto se dá porque, em termos econômicos, é possível utilizar a renda como representação (*proxie*) de vários grupos vulneráveis sem a necessidade de implementação de um programa específico a cada um deles, tornando a medida mais eficiente e menos custosa.

Isto pode ser observado porque grupos vulneráveis costumeiramente auferem menor renda em comparação aos grupos não vulneráveis. A título de

² Veja-se, por exemplo, a desconfiança de membros da comunidade LGBT a respeito do discurso e da prática de sociedades empresárias e a batalha pelo chamado “Pink Money” GOUVÊA, Victor, **Pink Money: Chega de discurso vazio — as marcas precisam mostrar resultados para LGBTs**, HuffPost Brasil, disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/pink-money-lgbt_br_5d6d48eee4b09bbc9ef30ac2>, acesso em: 11 nov. 2020.

³ A rigor, minoria se refere a um dado grupo com menor quantidade de pessoas em uma dada sociedade, ao passo que vulneráveis são aqueles marginalizados. OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de, **Manual de Direitos Humanos**, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019301.

⁴ PRADO, Wagner, **Não é só o Magalu; vagas só para negros avançam, mas sofrem críticas**, UOL, disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/09/23/nao-e-so-a-magalu-vagas-so-para-negros-avancam-mas-sofrem-criticas.htm>>, acesso em: 10 nov. 2020.

⁵ JONES, Julia, **Café charges men 18% “gender tax” to highlight pay gap**, CNN, disponível em: <<https://www.cnn.com/2017/08/08/world/caffe-gender-pay-gap-trnd/index.html>>, acesso em: 28 ago. 2019.

⁶ RODRIGUEZ, Diogo Antônio, **Para apoiar inclusão, empresas e funcionários discutem “nova masculinidade”**, UOL, disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/10/16/para-apoiar-inclusao-empresas-e-funcionarios-discutem-nova-masculinidade.htm>>, acesso em: 10 nov. 2020.

exemplo, o Banco Mundial estipula a linha de pobreza internacional em US\$ 1,90 por dia com base no poder de compra de 2011, estimando que 4,4% da população brasileira se encontrava abaixo da linha de pobreza internacional em 2018⁷.

Por sua vez, o IBGE pontua que 3,6% da população branca está abaixo da linha de pobreza internacional, ao passo que 8,8% da população negra se encontra na mesma condição⁸. Da mesma forma, o rendimento médio mensal masculino em 2015 consistia em R\$ 1.965,00, ao passo que as mulheres receberam R\$ 1.432,00 na média mensal do mesmo período⁹.

Evidentemente, o tema é polêmico e as discussões referentes à divergência salarial passam por temas como racismo estrutural¹⁰, escolhas de carreiras com menor remuneração¹¹ e ausência de divergência salarial em cargos ocupados na mesma sociedade empresária¹².

Não nos interessa aqui discutir os motivos subjacentes às disparidades salariais, mas apenas a consequência inafastável de que determinados grupos vulneráveis se encontram, não raras vezes, dentro de populações com menor renda.

Em todo caso, o fato de que há grupos vulneráveis específicos não pode ser motivo suficiente para descurar das populações de baixa renda em geral, ainda que alguns de seus membros participem de grupos majoritários. Considerando indistintamente os brasileiros, caso se leve em consideração uma análise multidimensional da pobreza, incluindo não apenas fatores financeiros,

⁷ THE WORLD BANK, **Reversals of Fortune: Poverty and Shared Prosperity 2020**, Washington: World Bank Publications, 2020, p. 28.

⁸ IBGE, Estudos e Pesquisas • Informação Demográfica e Socioeconômica • n.41, 2019.

⁹ IBGE, **Pesquisa nacional por amostra de domicílios : síntese de indicadores**, Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

¹⁰ Para uma introdução ao tema, embora com o indisfarçável propósito de crítica à economia de mercado como elemento de causa do racismo, veja-se: ALMEIDA, Silvio Luiz de, **Racismo Estrutural**, São Paulo: Pólen, 2019.

¹¹ EUROPEAN COMMISSION, **2019 Report on equality between women and men in the EU**, Luxemburgo: European Union, 2019.

¹² Cf. art. 7º, XXX, da CF.

mas também educacionais, acesso a eletricidade, saneamento básico e água potável, o percentual da população pobre chega a 9% dos brasileiros¹³.

Ao lado disso, no ano de 2018, o Brasil se encontrava no patamar de 0,539 no índice de Gini, que mede a concentração de riqueza entre 0 (igualdade) e 1 (total concentração), valor acima de países latino-americanos como Argentina (0,414), Bolívia (0,422), Colômbia (0,504) e Uruguai (0,397)¹⁴, exemplificativamente.

Noutras palavras, é possível uma discussão universalista de combate à pobreza que atenda grupos vulneráveis específicos sem descurar de outros indivíduos que se encontram em idêntica situação econômica, mesmo participando e grupos majoritários.

Dada a sensibilidade do tema, reitera-se aqui que não se nega a possibilidade de que haja intersecção entre características individuais que possam prejudicar sobremaneira indivíduos que pertencem a mais de um grupo vulnerável, mas também parece oportuno deitar olhos sobre a condição dos economicamente desfavorecidos de maneira horizontal.

Assim, o presente estudo buscará analisar a possibilidade jurídica e as consequências econômicas do fornecimento de preços diferenciados para consumidores de baixa renda por meio de subsídio cruzado.

O método a ser utilizado será dedutivo, com base na bibliografia jurídica disponível a respeito dos direitos fundamentais, defesa do consumidor e proteção de dados. Além disto, busca-se aqui empreender as análises positiva e normativa da discriminação de preços em uma economia de mercado, visando aferir se a medida é ou não desejável do ponto de vista social.

Para isto, o percurso a ser transcorrido compreende: (i) análise da perfilização e da estimação da renda do titular dos dados pessoais; (ii) estudo a

¹³ THE WORLD BANK, **Reversals of Fortune: Poverty and Shared Prosperity 2020**, p. 68.

¹⁴ THE WORLD BANK, **Gini index (World Bank estimate) - Brazil | Data**, disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?contextual=min&locations=BR>>, acesso em: 10 nov. 2020.

respeito da discriminação de preços e seus impactos em uma economia de mercado; (iii) análise jurídica dos princípios e direitos à igualdade e à não discriminação; (iv) análise das restrições à discriminação de preços previstas na LGPD; (v) análise das restrições à discriminação de preços previstas no CDC; e (vi) conclusões.

2 PERFILIZAÇÃO E ESTIMAÇÃO DE RENDA DO TITULAR DOS DADOS PESSOAIS

O primeiro questionamento referente à possibilidade de discriminação de preços entre consumidores baseada na renda diz respeito à possibilidade técnica e fática de que fornecedores disponham de bancos de dados e meios tecnológicos que possibilitem estimar a renda dos consumidores.

No que diz respeito à coleta dos dados pessoais¹⁵ (e ressalvados os dados tornados manifestamente públicos pelo titular¹⁶), esta deverá ser consentida pelo titular para a realização de um tratamento¹⁷ com finalidade específica, não se admitindo o simples interesse do controlador para o tratamento sob o argumento de promoção de suas atividades, pois a precificação pode se dar sem o recurso aos dados pessoais dos titulares¹⁸.

¹⁵ Conforme o art. 5º, I, da LGPD, dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. A GDPR, por sua vez, utiliza-se de termos mais amplos para delimitar expressão de idêntico sentido em seu art. 4 (1): “(1) ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”.

¹⁶ Cf. art. 7º, §4º, da LGPD, que dispensa o consentimento para o tratamento de dados tornados manifestamente públicos por seu titular, tais como as postagens em redes sociais, por exemplo.

¹⁷ O sentido atribuído à expressão tratamento é amplíssimo na LGPD, englobando todas as atividades relacionadas aos dados pessoais, como se nota do art. 5º, X, da LGPD: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

¹⁸ Cf. art. 10, I, da LGPD. Em sentido contrário, considerando que a busca pelo lucro enseja permissão para o tratamento de dados pessoais, veja-se: COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

Diante destas limitações, não se pode deixar de notar que o compartilhamento de dados pessoais junto a outros controladores, tal como ocorre no mercado dos Data Brokers, somente poderá ocorrer por meio de consentimento específico do titular dos dados pessoais¹⁹, sendo oportuno rememorar que o consentimento com base em cláusulas genéricas é nulo²⁰.

Estas barreiras regulatórias certamente tornam mais difícil o tratamento de dados por fornecedores de menor porte, que dificilmente poderão obter consentimentos em grande escala para construir um banco de dados de tamanho razoável e que permita realizar inferências estatísticas confiáveis. Dentro deste cenário, nota-se que a existência de concentração nos mercados digitais é manifesta, não sendo crível, neste momento, a generalização da discriminação de preços com base em renda²¹.

Em todo caso, o tratamento de dados pessoais dos usuários permite a formulação de perfis comportamentais de seus titulares²². Significa dizer que o comportamento do indivíduo possibilita que páginas visitadas, compras realizadas e postagens em redes sociais sejam fontes de elementos para a criação de um avatar digital referente a uma dada pessoa natural²³.

Note-se que os dados pessoais não são necessariamente colhidos apenas na visita a sites de Internet, podendo ser coletados a partir da utilização

¹⁹ Cf. art. 7º, §5º, da LGPD.

²⁰ Cf. art. 8º, §4º, da LGPD.

²¹ Sobre a concentração nos mercados digitais, veja-se: SMYRNAIOS, Nikos, **Internet Oligopoly: The Corporate Takeover of Our Digital World**, Londres: Emerald, 2018; HINDMAN, Matthew, **The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy**, Princeton: Princeton University Press, 2018; HOUSE OF LORDS, **Online Platforms and the Digital Single Market**, Londres: House of Lords, 2016.

²² A GDPR define perfilização (*profiling*) em seu art. 4º, (4), como: “(4) ‘profiling’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements;”.

²³ O Recital 30 da GDPR apresenta algumas formas de associação de dados à pessoa natural: “(30) Natural persons may be associated with online identifiers provided by their devices, applications, tools and protocols, such as internet protocol addresses, cookie identifiers or other identifiers such as radio frequency identification tags. This may leave traces which, in particular when combined with unique identifiers and other information received by the servers, may be used to create profiles of the natural persons and identify them”. Sobre os mecanismos de captura de dados, veja-se: BUJLOW, Tomasz *et al*, Web Tracking: Mechanisms, Implications, and Defenses, 2015; HOOFNAGLE, Chris *et al*, Behavioral Advertising: The Offer You Can't Refuse, **Harvard Law & Policy Review**, v. 6, p. 273–296, 2012.

de cartões de crédito e débito, câmeras de reconhecimento facial²⁴ e etiquetas com frequência de rádio²⁵, por exemplo.

Com base nos dados coletados, observados e inferidos²⁶, mostra-se possível estimar, ainda que de modo impreciso, a renda de um dado indivíduo. A título de exemplo, pense-se no comportamento de um usuário que visita páginas de grifes importadas, realiza rotineiro deslocamento para bairros de alto padrão, acessa páginas em idiomas estrangeiros ou possui diversas compras realizadas na página de um fornecedor. Este perfil pode indicar que o titular dos dados possui uma renda razoável, ainda que não exista certeza apodítica até que se observe seus dados bancários.

Por outro lado, a avaliação do perfil de um usuário que se desloca por transporte público de um bairro periférico a outro, visita sites de comparação de preços sem nada adquirir, efetua raras viagens em épocas de alta temporada ou mesmo possui um acesso à internet por meio de conexão lenta pode indicar que se trata de um indivíduo com menor poder aquisitivo.

Embora o cenário possa parecer extremamente ficcional, não se pode olvidar que há farta literatura a indicar que os fornecedores de produtos e serviços passaram a utilizar dados pessoais em seus algoritmos de precificação, como se nota do *geoprincing* (precificação a partir da localização geográfica) pela Staples, que reduzia preços de usuários próximos a seus concorrentes²⁷. Da mesma forma, sites como Travelocity reduzem o preço para usuários que acessam a plataforma por meio de smartphones ao passo que outros como

²⁴ VALENTE, Jonas, **Hering terá de explicar uso de reconhecimento facial ao Idec**, Agência Brasil, disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-03/hering-tera-de-explicar-uso-de-reconhecimento-facial-ao-idec>>, acesso em: 17 jan. 2020.

²⁵ MILLER, Akiva, What do we worry when we worry about price discrimination? The law and ethics of using personal information for pricing, **Journal of Technology, Law and Policy**, v. 19, p. 41–104, 2014.

²⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, Competition Law and Data, 2016, p. 7.

²⁷ WALKER, Tim, **How much ...? The rise of dynamic and personalised pricing | Money | The Guardian**, disponível em: <<https://www.theguardian.com/global/2017/nov/20/dynamic-personalised-pricing>>, acesso em: 9 ago. 2019; WILSON, Christo, **Buyer beware, online shopping prices vary user to user**, The Conversation, disponível em: <<http://theconversation.com/buyer-beware-online-shopping-prices-vary-user-to-user-33439>>, acesso em: 23 ago. 2019; SECRETARIAT, **Personalised Pricing in the Digital Era - Background Note by Secretariat**, Paris: OECD, 2018, p. 14.

Interesntingly e Cheaptickets oferecem preços melhores para usuários logados em seu site²⁸.

Caso a renda de um consumidor ou de um grupo de consumidores seja de difícil estimação, isto não exclui a possibilidade de que o fornecedor leve em consideração a sensibilidade ao preço, que pode ser inferida a partir do comportamento do usuário diante de variações de preços, visitas de páginas de concorrentes, pesquisas realizadas em buscadores etc.

Evidentemente, não há aqui qualquer espécie de certeza, mas um algoritmo²⁹ razoavelmente treinado e com boa base de dados poderá, ao longo do tempo, ser aperfeiçoado a ponto de identificar os elementos chave para estimar da renda de um dado usuário.

Entretanto, o crescimento do poder de previsibilidade de um dado algoritmo se coloca em contraposição à transparência de seu funcionamento, quanto mais elaborada é a técnica empregada, menor a possibilidade dos próprios agentes de tratamento compreenderem integralmente o tratamento realizado³⁰, o que gera ainda mais obstáculos à pessoa natural, à sociedade civil e até mesmo à ANPD.

Por conta disto, o controlador que se aventurar no tratamento de dados a fim de realizar discriminação de preços deverá sempre estar atento à possibilidade de praticar atos ilícitos através da utilização de dados de baixa qualidade ou mesmo de algoritmos discriminatórios, devendo proceder à realização de auditorias internas e até mesmo à utilização de dados pessoais sensíveis a fim de controlar a ocorrência de discriminação indireta³¹.

²⁸ HANNAK, Aniko *et al*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites, **IMC**, v. 14, 2014; WILSON, **Buyer beware, online shopping prices vary user to user**; Para outros exemplos, veja-se: HINDERMANN, Christoph Michael, Price Discrimination in Online Retail, **ZBW - Leibniz Information Centre for Economics**, 2018.

²⁹ “Algorithms are structured decision-making processes that employ a set of rules or procedures, such as a decision tree, to automatically supply outcomes based on data inputs and decisional parameters.” GAL, Michal; ELKIN-KOREN, Niva, Algorithmic Consumers, **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 30, n. 2, p. 309–353, 2017.

³⁰ SILVA, Nilton Correia da, Inteligência Artificial, *in*: FRAZÃO, Ana; MÜLHOLLAND, Caitlin (Orgs.), **Inteligência Artificial e Direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46–47.

³¹ WILLIAMS, Betsy Anne; BROOKS, Catherine F.; SHMARGAD, Yotam, How algorithms discriminate based on data they lack, **Journal of Information Policy**, v. 8, p. 78–115, 2018; GILLIST, Talia; SPIESS,

Outro problema que surge é o de que, a despeito da possibilidade de estimar corretamente a renda dos consumidores, a distinção entre consumidores pobres e ricos não deixa de ser arbitrária e potencialmente inócua.

Isto se verifica porque, estabelecida uma banda muito baixa para que um dado consumidor seja considerado pobre, há grande risco de que a população mais necessitada nem mesmo tenha acesso aos descontos oferecidos, visto que o comércio eletrônico exige uma renda mínima para a aquisição de um aparelho celular ou mesmo utilização de internet através de computador.

Por outro lado, o estabelecimento de um critério mais generoso na identificação dos consumidores de baixa renda ensejará a transferência de renda a consumidores que não necessariamente fariam parte de grupos vulneráveis, tornando a prática comercial irrelevante para a melhora da situação material dos mais pobres.

Da mesma forma, não será raro que consumidores com renda elevada se sintam ultrajados ao serem classificados como ricos ou como titulares de renda alta, desejando receber os mesmos benefícios de consumidores de menor poder aquisitivo.

Nota-se, portanto, que a distinção a ser realizada não é de modo algum simples, mas pode ser superada através da apresentação de regras claras aos usuários de sua plataforma eletrônica, especialmente por meio de ferramentas de *visual law*.

Pois bem, supondo que um dado fornecedor tenha acesso a um banco de dados suficientemente robusto e um algoritmo com alta margem de acerto, ele poderá se utilizar de sua estimativa para a apresentação de preços diferenciados entre os consumidores, segmentando-os de acordo com uma dada política de preços que deverá ser pública e clara a todos os consumidores.

Jann, Big Data and Discrimination, *The University of Chicago Law Review*, v. 86, 2019; FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, #BigData: Discrimination in data-supported decision making, 2018.

No presente estudo, tomaremos por pressuposto que o fornecedor se decidiu por discriminar seus consumidores através da renda, sendo que as análises subsequentes decorrem da adoção da premissa acima.

3 AS FORMAS E IMPACTOS DA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO NA TEORIA ECONÔMICA

Uma vez que se parte do pressuposto de que o fornecedor discriminará os consumidores a partir de sua renda, cumpre agora investigar quais são as espécies de diferenciação adotadas pela teoria econômica e quais os resultados esperados em caso de sua implementação.

Como se sabe, a precificação elaborada por um fornecedor pode levar em consideração inúmeros fatores, especialmente o mercado no qual está inserido, o tipo de bem oferecido, o custo da mercadoria ou do serviço, a sensibilidade do consumidor a variações de preço (elasticidade preço da demanda), o custo de oportunidade, os preços praticados pela concorrência e diversas outras variáveis.

Além dos itens acima mencionados, o fornecedor de produtos e serviços pode se utilizar de técnicas de discriminação de preços para aumentar a quantidade de produtos vendidos aos consumidores e maximizar sua renda.

No presente artigo, a discriminação de preços deve ser entendida como a apresentação de preços diferentes a consumidores (ou grupos de consumidores) diferentes com base em um critério selecionado pelo fornecedor de produtos ou serviços, não havendo diferença de custo a justificar a cobrança dos preços diversos.

A teoria econômica costuma diferenciar a discriminação de preços em três níveis, que podem ser assim definidos³²:

- i) Discriminação de preços de primeiro nível: estimação de preço individual para cada consumidor;
- ii) Discriminação de preços de segundo nível: estimação de preços diferentes por versões diferentes de um mesmo produto ou serviço (versionismo); e
- iii) Discriminação de preços de terceiro nível: estimação de preços diferentes para cada grupo de consumidores.

Desta maneira, um dado fornecedor pode entender por bem elevar o preço de dados produtos a consumidores de maior renda e reduzir o preço para aqueles que demonstrem menor poder aquisitivo.

Isto se daria através da divisão dos consumidores em grupos a partir de suas rendas (discriminação de terceiro nível) ou individualmente (discriminação de primeiro nível), o que estaria condicionado à sofisticação dos algoritmos empregados e da qualidade do banco de dados.

Note-se que, para que a discriminação de preços possa ser implementada com razoável sucesso, o fornecedor deverá possuir algum poder de mercado, ter a capacidade de diferenciar os consumidores e evitar arbitragem (revenda dos produtos pelos consumidores beneficiados com menores preços)³³.

Contudo, não será apenas a discriminação de preços que irá proporcionar ganhos coletivos sem maiores esforços, dado que os resultados da discriminação de preços podem variar de mercado a mercado, ser influenciados pela adoção de consumidores plenamente racionais ou com racionalidade

³² VARIAN, Hal R., Price Discrimination, *in*: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. D. (Orgs.), **Handbook of Industrial Organization**, [s.l.]: Elsevier, 1989, v. 1, p. 600.

³³ *Ibid.*, p. 599.

limitada, pelo nível de informação existente em um dado mercado³⁴ e até mesmo pela composição de custos do fornecedor³⁵.

Ainda que as peculiaridades acima apresentadas não tornem possível analisar com precisão os ganhos ou prejuízos sociais da adoção de um modelo de discriminação de preços no mercado eletrônico, não se pode deixar de observar que há também diversas manifestações positivas a respeito da discriminação de preços³⁶, inclusive sendo possível discutir seu impacto na transferência de renda em mercados monopolizados³⁷ e aumento da quantidade de produtos vendidos³⁸.

Note-se ainda que grupos minoritários e/ou vulneráveis são, em geral, mais sensíveis ao preço, o que pode lhes auxiliar a realizar compras com maior facilidade caso o modelo de precificação seja implementado³⁹.

Outros pontuam, por sua vez, que não há qualquer garantia de que a discriminação de preços será utilizada em benefício de consumidores com menor poder aquisitivo⁴⁰, mas, em geral, as análises não deixam de ressaltar o

³⁴ Para uma revisão da literatura com base na precificação personalizada, veja-se: KOGA, Bruno Yudi Soares, **Precificação personalizada na era digital: consumo, dados e concorrência**, Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento), IDP, São Paulo, 2020.

³⁵ BISHOP, Simon, Delivering benefits to consumers or per se illegal?: Assessing the competitive effects of loyalty rebates, *in*: KONKURRENSVERKET (Org.), **The Pros and Cons of Price Discrimination**, Stockholm: Konkurrensverket, 2005, p. 66.

³⁶ "Ultimately, whether differential pricing helps or harms the average consumer depends on how and where it is used. In a competitive market with transparent pricing, the benefits are likely to outweigh the costs. For example, while there is lots of differential pricing in airline ticket sales, the Internet has made it relatively easy for many travelers to compare prices and itineraries across airlines and to select the best deal for any given trip. Some studies even suggest that differential pricing can intensify competition relative to uniform pricing, by allowing highmargin sellers to compete more aggressively for price-sensitive customers who might otherwise buy from a lower-priced rival." EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, **Big Data and Differential Pricing**, [s.l.]: The White House, 2015, p. 6.

³⁷ COOPER, Edward, Price Discrimination Law and Economics Efficiency, **Michigan Law Review**, v. 75, p. 962–82, 1977.

³⁸ PERROT, Anne, Towards an effects-based approach of price discrimination, *in*: KONKURRENSVERKET (Org.), **The Pros and Cons of Price Discrimination**, Stockholm: Konkurrensverket, 2005, p. 172.

³⁹ "Finally, it is important to keep in mind that if historically disadvantaged groups are more pricesensitive than the average consumer, profit-maximizing differential pricing should work to their benefit. " EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, **Big Data and Differential Pricing**, p. 17.

⁴⁰ EU, **Personalised Pricing in the Digital Era - Note by the European Union**, Paris: OECD, 2018, p. 6.

aumento da produção e a redução do excedente do consumidor, com possíveis efeitos redistributivos⁴¹.

Significa dizer, haverá, invariavelmente, redução do excedente do consumidor, seja ele rico ou pobre, caso ocorra discriminação de preços, pois o valor da mercadoria será elevado dentro dos limites orçamentários de cada um dos consumidores ou de seus grupos.

Por outro lado, haverá aumento da quantidade produtos e/ou serviços fornecidos aos consumidores, devendo ser verificado o *trade-off* entre o aumento das relações de consumo e a redução do excedente dos consumidores, sendo esta a métrica a ser juíza da eficiência e desejabilidade social da discriminação de preços.

Noutras palavras, a discriminação de preços possui ganhos sociais a depender do caso concreto, não havendo uma regra de bolso que possa garantir que os resultados sociais serão sempre benéficos aos consumidores.

Ainda que possa haver eventual benefício aos consumidores com menor renda e maior distribuição do produto, isto não implica necessariamente em licitude da prática, sendo necessário então discutir a viabilidade jurídica da discriminação de preços no mercado de consumo a partir do princípio da igualdade e da não discriminação.

4 PRINCÍPIOS E DIREITOS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Verificada a potencial utilidade social da discriminação de preços baseada na renda, oportuno discutir se tal prática comercial não implicará em violação ao princípio e direito à igualdade, bem como a não discriminação, sob pena de que,

⁴¹ REINO UNIDO, *Personalised Pricing in the Digital Era - Note by the United Kingdom*, Paris: OECD, 2018, p. 6; EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice, *Artificial Intelligence & Collusion: when computers Inhibit Competition*, *University of Illinois Law Review*, v. 2017, p. 1775–1810, 2017, p. 118–119; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, p. 21.

ainda que possua respaldo econômico, a discriminação de preços não possa ser empregada.

O princípio da igualdade é um dos mais importantes para a Constituição Federal (CF), inferindo-se de sua disposição como objetivo fundamental da república, direito fundamental e dever do Estado em punir atos discriminatórios que atentem contra “os direitos e liberdades fundamentais”⁴².

Há, basicamente, dois modelos de igualdade, os quais podem ser sintetizados da seguinte maneira: i) tratar a todos os indivíduos de maneira idêntica; e ii) tratar cada um dos indivíduos de modo diferente levando em conta suas peculiaridades. Chamaremos o primeiro modelo de igualdade formal e o segundo modelo de igualdade material⁴³.

A discriminação, por sua vez, consiste no tratamento diferenciado de indivíduos, o que pode se dar por inúmeros fatores, tais como a etnia, gênero/sexo, orientação sexual, opção política, confissão religiosa, idade etc.

Note-se, porém, que os critérios de segmentação podem se dar de diversas maneiras, sendo usual sua distinção entre discriminação direta (ou proposital) e discriminação indireta. Na discriminação direta, os indivíduos são tratados de modo diferente a partir de um critério selecionado pelo discriminador, ao passo que, na discriminação indireta, a discriminação decorre de padrões implícitos, sendo que o elemento volitivo não assume importância⁴⁴.

⁴² Cf. art. 3º, IV, e 5º, XLI, ambos da CF. Os exemplos são meramente ilustrativos, a CF se reporta à igualdade em inúmeras outras disposições.

⁴³ “O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a igualdade de acesso aos bens da vida (igualdade material)” CUNHA JUNIOR, Dirley, **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 619; BIANCHINI, Alice, A igualdade formal e material, *in*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.), **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2; BARROSO, Luís Roberto, Igualdade perante a lei, *in*: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2; RAMOS, Elival da Silva, O direito à igualdade formal e real, *in*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.), **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2; SABBAG, César de Moraes, O direito de igualdade, *in*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.), **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

⁴⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, **Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 57–58; CONCIL OF EUROPE, Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, 2018; BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D., Big Data’s Disparate Impact, **California Law Review**, v. 104, p. 671–732, 2016.

Desta maneira, uma pessoa que deliberadamente deseja não atender consumidores de uma dada opção religiosa comete discriminação direta, ao passo que um fornecedor de produtos que não realiza entregas no bairro X, cuja maioria da população confessa uma dada opção religiosa, efetua discriminação indireta.

Por outro lado, o tratamento discriminatório pode ser utilizado para conferir vantagens a grupos vulneráveis a partir de uma decisão política, como ocorre nas ações afirmativas de cotas, divisão de fundo partidário para candidatos com determinadas características, programas de transferência de renda etc (discriminação positiva)⁴⁵.

Dentro destes parâmetros, nota-se que a discriminação entre indivíduos pode violar as noções de igualdade da seguinte maneira: (i) realizar tratamento desigual entre indivíduos iguais (violando a igualdade formal); e (ii) realizar tratamento que aumente a desigualdade entre os indivíduos desiguais (violando a igualdade substancial).

Toda escolha discriminatória e a sua ausência, por consequência, implicam em violação de um dos critérios de igualdade, não havendo um postulado axiomático que possa levar a deduções precisas para a solução de casos concretos.

Entretanto, diversas sociedades empresárias têm apresentado modelos de discriminação baseada na consideração de características de indivíduos a fim de conferir maior atenção ao postulado da igualdade material, ou seja, realizando da chamada discriminação positiva.

Dentro deste cenário, observa-se, por exemplo, a cobrança “taxa de gênero” em café, que facultava a seus clientes pagar um preço superior com o intuito de conscientização da diferença salarial entre homens e mulheres⁴⁶. No

⁴⁵ Sobre a distinção entre discriminação positiva e negativa, veja-se: OLIVEIRA; LAZARI, **Manual de Direitos Humanos**, p. 303.

⁴⁶ JONES, **Café charges men 18% “gender tax” to highlight pay gap**.

mesmo traçado, forte polêmica foi lançada pela Magazine Luiza ao criar programa de trainee voltado apenas para pessoas negras e pardas⁴⁷.

Por outro lado, algumas práticas comerciais já foram valoradas negativamente, como a cobrança de valores diferenciados para o ingresso de homens e mulheres em casas noturnas, havendo quem entenda que se tratou, no caso, de mercantilização da mulher, utilizando-a como chamariz para que consumidores do sexo masculino ingressem no estabelecimento comercial⁴⁸.

Deixando de lado a discussão a respeito de discriminações potencialmente ofensivas ao postulado da igualdade formal, as chamadas discriminações positivas podem ser justificadas através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴⁹, ou seja, do dever de respeito aos direitos fundamentais não apenas pelo Estado, mas por todos os indivíduos, que devem aplicá-los diretamente nas relações privadas.

Dentro destes parâmetros, oportuno notar que pessoas de baixa renda podem ser enquadradas na concepção de vulneráveis, ou seja, aqueles que podem ser feridos, que são marginalizados⁵⁰. Assim, visando tornar bens de consumo mais acessíveis a esta parte da população, evidencia-se que a discriminação positiva não é maculada pela ilicitude, tratando-se, na verdade, de uma equiparação lícita.

A isto se deve acrescentar que a República possui objetivos bem definidos, sendo que, dentre eles, figuram a construção e uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e a marginalização e

⁴⁷ SILVEIRA, Daniel; BASILIO, Patrícia, **Programa de trainee para negros do Magazine Luiza cumpre papel constitucional, dizem advogados**, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/programa-de-trainee-para-negros-do-magazine-luiza-cumpre-papel-constitucional-dizem-advogados.ghtml>>, acesso em: 23 dez. 2020.

⁴⁸ A polêmica gerou duas Notas Técnicas conflitantes. O posicionamento atual é o de que a discriminação de preço por gênero em casas noturnas não é ilícita. Veja-se: BRASIL. SENACON, Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON, 2017; BRASIL. SENACON, Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, 2019.

⁴⁹ Para uma introdução ao tema e às principais correntes, veja-se: CUNHA JUNIOR, **Curso de Direito Constitucional**, p. 573–5; OLIVEIRA; LAZARI, **Manual de Direitos Humanos**, p. 123–127.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno, **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; OLIVEIRA; LAZARI, **Manual de Direitos Humanos**, p. 301.

reduzir as desigualdades sociais e regionais⁵¹. Como se isto não bastasse, a Ordem Econômica estampada na CF deixa claros os princípios de promoção da existência digna, justiça social e de redução das desigualdades sociais⁵².

Tomando estes vetores como premissas interpretativas, não é possível chegar a conclusão diversa a respeito da possibilidade da realização de discriminações positivas em favor de grupos vulneráveis, prescindindo-se de qualquer legislação específica que a autorize, conforme a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Assim, não se mostra possível argumentar que a tomada de discriminações positivas por parte de fornecedores de produtos ou serviços seria um ato que violaria o princípio da igualdade ou da não discriminação, visto que atuaria justamente para mitigar as disparidades concretas verificadas na sociedade.

Ainda que as proposições acima sejam válidas, a implementação de uma discriminação de preços baseada na renda dos titulares dos dados pessoais possui restrições jurídicas que decorrem da legislação em vigor, especialmente na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que passaremos a analisar.

5 RESTRIÇÕES DA LGPD À DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS BASEADA NA RENDA

Antes mesmo da discussão referente à relação de consumo, necessário discutir como o tratamento de dados será realizado a fim de que os preços possam ser discriminados entre os consumidores.

⁵¹ Cf. Art. 3º, I e III, da CF.

⁵² Cf. art. 170, VII, da CF.

Assim, o primeiro obstáculo consiste no consentimento por parte do titular dos dados pessoais, que deverá anuir ao tratamento para uma finalidade específica, não sendo possível ao controlador se utilizar de mensagens genéricas ou evasivas⁵³, havendo discussão a respeito da necessidade de que o consentimento se dê por meio de ação do titular dos dados, inviabilizando-se a simples inércia como consentimento⁵⁴.

Em todo caso, o titular dos dados deverá estar ciente de que o tratamento será utilizado para implementar uma estimativa de sua renda e que tal estimativa afetará os preços observados no site visitado, podendo majorá-los ou reduzi-los a depender da formulação do algoritmo. Ausente o consentimento para este tratamento de dados, não será possível qualquer discriminação de preços.

Ainda se deve notar que a situação concreta, ou seja, as condicionantes reais que interferem no processo de tomada de decisão por parte do titular dos dados deverão ser levadas em consideração para a aferição do livre exercício do consentimento⁵⁵, inclusive para efeitos de anulação do consentimento na hipótese de vícios de vontade⁵⁶.

Note-se que o titular tem o direito de acesso aos dados tratados, inclusive para requerer correções de dados desatualizados, imprecisos ou equivocados, ao passo de que tais correções devem ser realizadas pelos agentes de tratamento de modo tempestivo⁵⁷.

⁵³ Cf. exemplificativamente, os arts. 5º, XII, 7º, I, 8º, § 4º, da LGPD.

⁵⁴ COTS; OLIVEIRA, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**, p. 92; Como já nos manifestamos em outra oportunidade: “(...) o titular dos dados deve consentir sem impedimentos (livre), tendo acesso às informações necessárias para a tomada de decisão (informada) e de modo expresse (inequívoca) em relação a uma finalidade determinada, ou seja, não se admite um ‘cheque em branco’ do titular ao controlador dos dados.” KOGA, **Precificação personalizada na era digital: consumo, dados e concorrência**, p. 223.

⁵⁵ A este respeito, veja-se o Recital (43) da GDPR: “(43) In order to ensure that consent is freely given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller, in particular where the controller is a public authority and it is therefore unlikely that consent was freely given in all the circumstances of that specific situation. Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance.”

⁵⁶ Cf. art. 8º, §3º, da LGPD.

⁵⁷ Cf. arts. 9º e 18 da LGPD.

Isto assume especial relevância porque a imprecisão nos dados utilizados pode levar a se considerar consumidores de baixa renda como titulares de renda superior, prejudicando-lhes e sendo cabível ação indenizatória em caso de comprovação de dano decorrente da atividade de tratamento de dados⁵⁸.

Para verificar a validade da relação entre necessidade, adequação e finalidade no tratamento de dados, também se faculta ao titular dos dados o pedido de explicação, decorrente do princípio da transparência⁵⁹, devendo os agentes de tratamento se empenhar em transmitir de modo claro e seguro os rudimentos do sistema utilizado para a estimação da renda e o preço de produtos ou serviços⁶⁰.

Contudo, o pedido de explicações não necessariamente será acolhido pelo fornecedor, que poderá argumentar necessidade de preservação de segredo industrial ou comercial para reduzir ou negar os esclarecimentos solicitados, dado que o desenvolvimento tecnológico e econômico também são fundamentos da disciplina da proteção de dados⁶¹. Nesta hipótese, caberá à ANPD proceder a auditoria a fim de averiguar a ocorrência de tratamento discriminatório por parte dos agentes de tratamento, ao menos quando houver indícios concretos de tal prática⁶².

Por outro lado, tratando-se de uma opção voluntária do titular dos dados, não há que se falar em aplicação da vedação à não discriminação, posto que o propósito do tratamento de dados é justamente discriminar consumidores a partir de sua renda por um ato volitivo próprio, cabendo aqui o brocardo *volenti non fit*

⁵⁸ Cf. art. 42 da LGPD.

⁵⁹ MONTEIRO, Renato Leite, Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, 2018 Cf. art. 20, § 1º, da LGPD. Veja-se o Recital (58) da GDPR: “(58) The principle of transparency requires that any information addressed to the public or to the data subject be concise, easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language and, additionally, where appropriate, visualisation be used. Such information could be provided in electronic form, for example, when addressed to the public, through a website. This is of particular relevance in situations where the proliferation of actors and the technological complexity of practice make it difficult for the data subject to know and understand whether, by whom and for what purpose personal data relating to him or her are being collected, such as in the case of online advertising. (...)”.

⁶⁰ Entendemos que a explicação “deverá ocorrer sob dois prismas: (i) substancial (exposição dos critérios); e (ii) formal (procedimentos realizados), tomando por base a pessoa do titular dos dados para assegurar a clareza e adequação das informações”. KOGA, **Precificação personalizada na era digital: consumo, dados e concorrência**, p. 239.

⁶¹ Cf. art. 2º, V e VI, da LGPD.

⁶² Cf. art. 20, § 2º, da LGPD.

*iniura*⁶³, salvo nos casos em que a concentração de mercado impossibilitar o livre exercício do consentimento.

Uma vez ultrapassadas as barreiras da LGPD para a verificação da legalidade da discriminação de preços, mostra-se possível discutir então se a medida é compatível com o CDC, especialmente à luz das vedações às práticas abusivas.

6 RESTRIÇÕES DO CDC À DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS BASEADA NA RENDA

No que diz respeito às relações de consumo, cabe aqui ressaltar que, embora cláusulas gerais referentes às práticas abusivas sejam disposições de ordem pública e, portanto, aplicáveis independentemente da vontade das partes contratantes, não parece lícito que dispositivos como os arts. 39, V e X, do CDC⁶⁴ sejam utilizados como balizas a vedar o subsídio cruzado entre consumidores com maior e menor renda.

A doutrina, por outro lado, tem enfatizado a impossibilidade de elevação de preços em diversos cenários, partindo da elevação acima da inflação⁶⁵, nos contratos cativos⁶⁶ e chegando até a vedar o aumento de preços em calamidades públicas⁶⁷, ao passo que a visão que nos parece mais acertada reside no controle da elevação de preços após a assinatura do contrato⁶⁸.

⁶³ WAGNER, Gehard; EIDENMÜLLER, Horst, Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions, **The University of Chicago Law Review**, v. 86, p. 581–609, 2019.

⁶⁴ Cf. art. 39, V e X do CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.”

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 394.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno, **Curso de Direito do Consumidor**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 409.

⁶⁷ ROLLO, Arthur Luis Mendonça, **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 128.

⁶⁸ NUNES, Rizzatto, **Curso de Direito do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 612.

Com efeito, os aludidos dispositivos devem ser aplicados apenas em relações contratuais em andamento, especialmente nos contratos cativos, mas não podem ser aplicados como regras abstratas e desvinculadas da realidade concreta vivida pelas partes contratantes, ainda mais quando igualmente subsistem consumidores de menor renda que serão beneficiados com uma visão menos impositiva do CDC.

Superado este entrave, nota-se que a possibilidade de majoração dos preços para consumidores de maior renda que voluntariamente aderiram ao tratamento de dados e aceitaram a oferta do fornecedor, condicionada ao fornecimento de preços menores a consumidores com menor renda, não pode ser impedida por disposições voltadas ao controle de variações de preços em contratos de prestação continuada ou em contratos cativos.

Significa dizer, tendo o consumidor maior e capaz permitido que seus dados pessoais sejam utilizados a fim de que lhe seja cobrado um sobrepreço em benefício de pessoas com menor poder aquisitivo, não deve ser aplicadas as regras previstas nos arts. 39, V e X, do CDC, sob pena de perversão da autonomia privada e da própria possibilidade de liberdade contratual.

Com efeito, embora a defesa do consumidor seja um direito fundamental e um princípio da ordem econômica⁶⁹, isto não implica necessariamente em transformar o consumidor mais sofisticado em uma pessoa que não possui o mínimo de autonomia para regular suas relações contratuais, inclusive pela necessidade de sua aproximação ao conceito de consumidor médio europeu, um indivíduo “informado, atento e circunspecto”⁷⁰.

Ressalte-se, ademais, que a interpretação do CDC não poderá estar em desacordo com os objetivos fundamentais da República e da Ordem Econômica, os quais têm por norte a redução das desigualdades, que pode receber contribuição através da utilização de subsídio cruzado nas relações de consumo.

⁶⁹ Cf. arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF.

⁷⁰ BENÖHR, Iris, **EU Consumer Law and Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 17.

Desta maneira, os pilares fundamentais a serem considerados no caso concreto serão: i) consentimento para o tratamento de dados; ii) respeito à necessidade, adequação e finalidade no tratamento; iii) direito de acesso aos dados e sua retificação; iv) faculdade de solicitação de explicações referentes ao tratamento de dados; v) aplicação de discriminação em favor de grupos tidos como vulneráveis; vi) aceitação da oferta do fornecedor por parte do consumidor devidamente notificado da variação de preços; e vii) cumprimento do subsídio cruzado por parte do fornecedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão iniciada no presente artigo teve por objetivo a radicalização das práticas das sociedades empresárias que buscam atuar de maneira construtiva na melhora das condições de vida dos grupos vulneráveis. Assim, propõe-se aqui a utilização de dados pessoais para a formulação de discriminação de preços baseada na renda a fim de permitir que consumidores com menor poder aquisitivo tenham acesso a bens e serviços que lhes seriam inacessíveis a preços de mercado.

A viabilidade de tal proposta depende em grande medida dos bancos de dados das sociedades empresárias e da sofisticação de seus algoritmos, não sendo tarefa fácil a estimação da renda dos consumidores e a discriminação de preços a partir da renda estimada, especialmente dada a possibilidade de erros estatísticos.

A despeito disto, a literatura econômica tem enfatizado o risco de redução do excedente dos consumidores, ao mesmo tempo em que a quantidade de produtos ou serviços consumidos receberia incremento. O juízo de melhora do bem-estar coletivo e viabilidade de sua implementação deve ser feito caso a caso e mercado a mercado, não sendo possível estipular regras gerais que possam conduzir o analista.

No que diz respeito ao Direito Positivo, ainda que haja vetores referentes à igualdade e à não discriminação, isto não impede a atuação da iniciativa privada para atuar em favor da chamada discriminação positiva. Assim, a interpretação conjunta do princípio da igualdade com o objetivo de redução das desigualdades sociais não permite que se adote apenas e tão somente o ideal de igualdade formal na interpretação e aplicação do direito.

Além disto, os regramentos referentes à proteção de dados e à defesa do consumidor não parecem apresentar barreiras consistentes que possam inviabilizar a discriminação de preços com o objetivo de favorecer grupos minoritários ou vulneráveis, especialmente porque tais diplomas devem ser lidos à luz da Constituição Federal.

Espera-se, portanto, que o presente artigo possa contribuir para a discussão a respeito da viabilidade jurídica da discriminação de preços em favor de grupos vulneráveis e a ampliação do debate público a respeito do papel dos fornecedores de produtos e serviços na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS FINAIS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data. 2016.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. **California Law Review**, v. 104, p. 671–732, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *In*: **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

BENÖHR, Iris. **EU Consumer Law and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

BISHOP, Simon. Delivering benefits to consumers or per se illegal?: Assessing the competitive effects of loyalty rebates. *In*: KONKURRENSVERKET (Org.).

The Pros and Cons of Price Discrimination. Stockholm: Konkurrensverket, 2005.

BRASIL. SENACON. Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON. 2017.

BRASIL. SENACON. Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ. 2019.

BUJLOW, Tomasz; IEEE; CARELA-ESPAÑOL, Valentín; *et al.* Web Tracking: Mechanisms, Implications, and Defenses. 2015.

CONCIL OF EUROPE. Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making. 2018.

COOPER, Edward. Price Discrimination Law and Economics Efficiency. **Michigan Law Review**, v. 75, p. 962–82, 1977.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

E

U. **Personalised Pricing in the Digital Era - Note by the European Union**. Paris: OECD, 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **2019 Report on equality between women and men in the EU**. Luxemburgo: European Union, 2019.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT. **Big Data and Differential Pricing**. [s.l.]: The White House, 2015.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Artificial Intelligence & Collusion: when computers Inhibit Competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017, p. 1775–1810, 2017.

FRA - EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. #BigData: Discrimination in data-supported decision making. 2018.

GAL, Michal; ELKIN-KOREN, Niva. Algorithmic Consumers. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 30, n. 2, p. 309–353, 2017.

GILLIST, Talia; SPIESS, Jann. Big Data and Discrimination. **The University of Chicago Law Review**, v. 86, 2019.

GOUVÊA, Victor. **Pink Money: Chega de discurso vazio — as marcas precisam mostrar resultados para LGBTs**. HuffPost Brasil. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/pink-money-lgbt_br_5d6d48eee4b09bbc9ef30ac2>. Acesso em: 11 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HANNAK, Aniko; SOELLER, Gary; LAZER, David; *et al.* Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites. **IMC**, v. 14, 2014.

HINDERMANN, Christoph Michael. Price Discrimination in Online Retail. **ZBW - Leibniz Information Centre for Economics**, 2018.

HINDMAN, Matthew. **The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2018.

HOOFNAGLE, Chris; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; *et al.* Behavioral Advertising: The Offer You Can't Refuse. **Harvard Law & Policy Review**, v. 6, p. 273–296, 2012.

HOUSE OF LORDS. **Online Platforms and the Digital Single Market**.

Londres: House of Lords, 2016.

IBGE. Estudos e Pesquisas • Informação Demográfica e Socioeconômica • n.41. 2019. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios : síntese de indicadores**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em:

<<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

JONES, Julia. **Café charges men 18% “gender tax” to highlight pay gap**.

CNN. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2017/08/08/world/cafes-gender-pay-gap-trnd/index.html>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada na era digital:**

consumo, dados e concorrência. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento), IDP, São Paulo, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILLER, Akiva. What do we worry when we worry about price discrimination?

The law and ethics of using personal information for pricing. **Journal of Technology, Law and Policy**, v. 19, p. 41–104, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PERROT, Anne. Towards an effects-based approach of price discrimination. *In*: KONKURRENSVERKET (Org.). **The Pros and Cons of Price Discrimination**. Stockholm: Konkurrensverket, 2005.

PRADO, Wagner. **Não é só o Magalu; vagas só para negros avançam, mas sofrem críticas**. UOL. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/09/23/nao-e-so-a-magalu-vagas-so-para-negros-avancam-mas-sofrem-criticas.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. O direito à igualdade formal e real. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

REINO UNIDO. **Personalised Pricing in the Digital Era - Note by the United Kingdom**. Paris: OECD, 2018.

RODRIGUEZ, Diogo Antônio. **Para apoiar inclusão, empresas e funcionários discutem “nova masculinidade”**. UOL. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/10/16/para-apoiar-inclusao-empresas-e-funcionarios-discutem-nova-masculinidade.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Atlas, 2011.

SABBAG, César de Moraes. O direito de igualdade. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

SECRETARIAT. **Personalised Pricing in the Digital Era - Background Note by Secretariat**. Paris: OECD, 2018.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA, Nilton Correia da. Inteligência Artificial. *In*: FRAZÃO, Ana; MÜLHOLLAND, Caitlin (Orgs.). **Inteligência Artificial e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVEIRA, Daniel; BASILIO, Patrícia. **Programa de trainee para negros do Magazine Luiza cumpre papel constitucional, dizem advogados**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e->

emprego/noticia/2020/09/21/programa-de-trainee-para-negros-do-magazine-luiza-cumpre-papel-constitucional-dizem-advogados.ghtml>. Acesso em: 23 dez. 2020.

SMYRNAIOS, Nikos. **Internet Oligopoly: The Corporate Takeover of Our Digital World**. Londres: Emerald, 2018.

THE WORLD BANK. **Gini index (World Bank estimate) - Brazil | Data**.

Disponível em:

<<https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?contextual=min&locations=B>R>. Acesso em: 10 nov. 2020.

THE WORLD BANK. **Reversals of Fortune: Poverty and Shared Prosperity 2020**. Washington: World Bank Publications, 2020. Disponível em:

<<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

VALENTE, Jonas. **Hering terá de explicar uso de reconhecimento facial ao Idec**. Agência Brasil. Disponível em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/hering-tera-de-explicar-uso-de-reconhecimento-facial-ao-idec>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

VARIAN, Hal R. Price Discrimination. *In*: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. D. (Orgs.). **Handbook of Industrial Organization**. [s.l.]: Elsevier, 1989, v. 1.

WAGNER, Gehard; EIDENMÜLLER, Horst. Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions. **The University of Chicago Law Review**, v. 86, p. 581–609, 2019.

WALKER, Tim. **How much ...? The rise of dynamic and personalised pricing | Money | The Guardian**. Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/global/2017/nov/20/dynamic-personalised-pricing>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

WILLIAMS, Betsy Anne; BROOKS, Catherine F.; SHMARGAD, Yotam. How algorithms discriminate based on data they lack. **Journal of Information Policy**, v. 8, p. 78–115, 2018.

WILSON, Christo. **Buyer beware, online shopping prices vary user to user**. The Conversation. Disponível em: <<http://theconversation.com/buyer-beware-online-shopping-prices-vary-user-to-user-33439>>. Acesso em: 23 ago. 2019.